IN PROCESSV DON MARTINI GARCES.

SVPER IVRIS FIRMA.

Pro eo.

IVAN Garces padre de Don Iuan Garces, contra quien se pide aquesta firma, y abuelo de Don Martin Garces que la suplica, caso en la villa de Molina del Reyno de Castilla con doña Catalina Garces, madre y abuela de los mismos litigantes, sin pactos dotales, ni apocha de recibo de la dote, ni promessa alguna de se la restituyr a ella, ni a sus herederos, aunque por estar admitada por las leyes de Castilla *la l. vni. C. de rei vxor. actio.* tacitamente legis ministerio se introduxo la tacita legal hypotheca para dicha restitucion en los bienes del marido.

Los años passados Don Iuan Garces tio de Don Martin matando a su padre ab intestato, y callando la donacion que hizo entre viuos a Don Pedro Garces su hermano padre de don Martin del mayorazgo de este Reyno, lo aprehendio por la Audiencia Real, y contendieron tio y sobrino sobre el dominio y possession de los bienes, y recibiose la proposicion de don Martin, repeliendo la de don Iuan, y condenandole en costas.

En aquel processo Don Polo Marin cessionario de don Iuan Garces en los bienes y derechos dotales de su madre, dio vna cedula de reserua general de derechos, que en los bienes aprehen-

sos le competian y la sentencia conforme al estilo, reseruoselos con la misma vniuersalidad.

Cito despues don Polo Marin a dõ Martin comissario de Corte destos bienes en el articulo de propriedad, y pidiole, que le pagasse treyta y tres mil y mas ducados que montauan las dotes y bienes de doña Catalina Garces, o que desemparasse los bienes. Don Martin no pudo declinar el juyzio, y assi auiendo dado su cedula de defensiones, parecio a la Audiencia condemnarle en cerca de seys mil escudos.

De aquesta sentencia don Martin hizo eleccion de firma, y la prosigue ante V.S. y suplica se le conceda aquesta para que mientras pendiere el conocimiento de la eleccion de firma, no se execute contra su persona, ni las de sus fianças, ni contra sus bienes la susodicha sentencia de propriedad.

Y pareceme que su prouisiõ no tiene mas dificultad, q̃ ser el caso nueuo por ventura por no se auer ofrecido, y auer V.S. en el representando en la informacion dos razones de dudar. La primera, que don Polo Marin y don Iuan Garces en quien, o en su muger retrocedio aquestos derechos y dotes tuuo sentencia en la litependente, pues se le reseruaron, que monta lo mismo ex praxi Regni, que si dando proposicion se le huuiera recebido, y le preserua de la mora y sus efectos, como si huuiera litigado. *authẽ. si testis, C. de testib. l. fideiussor. qui satisda. cogan. l. Pedius. de pact. dotal. Bal.* in terminis pronuntiacionis iudicis alterius ex collitigantibus iura reseruatis, *cons.* 104. *num.* 4. *in* 5. *quem probat Iaso. in l. naturaliter, §. nihil comune. num.* 109. *de acqui. poss. Peregri. cons.* 26. *num.* 36. *in* 5. *Aldouin. cons.* 5. *num.* 30. *& cons.* 110. *num.* 12. & in pulchro casu de huiusmodi effectu reseruationis iurium in articulo litis pendentiæ, plura scribuntur inter decissiones *D. R. Sesse decis.* 206. *ex num.* 6. vnde proponebatur, que don Polo Marin, y su retrocessionarios por la reseruacion de sus derechos, tienen lo mismo, que tuuieran, si dando proposicion sobre ellos, se les huuiera recebido, que fuera caso claro de auer de obtener priuilegiadamente poniendo en execucion la primera sentencia.

La segunda razon de dudar consiste, en que por expressas de termi-

terminaciones forales,e inconcusa practica del Reyno, la senten cia,que se da en los articulos de firmas ypropriedad cisternos de la litependente son priuilegiados, y tambien lo son todos sus in cidentes e interlocutorias.De que se infiere, que assi el decreto de la reseruacion de los derechos, como la difinitiua de la propriedad han de tener priuilegio de execucion.

Empero no obstantes aquestas razones de dudar, parece sin dificultad,que la excepcion en que apoya esta firma, es muy con forme a derecho,fueros y practica del Reyno. Lo primero,por que quando se piden cantidades por deudas sueltas sin instrumẽ to,y aunque le aya,pues no sea con clausulas de precario, y apre hension,tenemos los fueros 1.*y* 2.*de rei vendi.*conforme losquales tan solamente se pueden y deuen pedir en via ordinaria:pero ne gando el priuilegio de execucion a la ptimera sentencia, hasta en tanto que passe en cosa juzgada.

Y aunque precediendo recepcion de litependente, conuiniẽ do el actor al posseedor comissario de Corte hora por credito, hora por dominio,puede entrar en el juyzio del possessorio plenario de las firmas,o en el de propriedad: pero no puede tanquã in cisterno, & succedaneo, ni la sentencia que obtuuiere tendra priuilegio de execucion hasta que aya pasado en cosa juzgada,vt sæpissime in Regno declaratum, & practicatum est, & annis retro elapsis in processu Ioannis de Esterulas super apprehensione in articulo iuris firmarum in Regia Audientia.Et in processu Iuratorum de Muniessa super electione iuris firmæ, in curia D.Iustitiæ Aragonum.Y es la razon,porque paraque se pueda entrar en las firmas y propriedad contra el comissario de Corte, como en processo cisterno,priuilegiando la primera sentencia,a mas delos dos requisitos ordinarios quod in posterioribus articulis litigẽt, eædem partes,quæ in superiori litigauerant, & quod contendãt de eisdem bonis,tertium quoque desideratur, nempe, quod sit eadem causa agendi, seu petendi: quoniam diuersitas causæ, diuersificat,& distinguit processum. *Vt resoluit D.R.Sesse decis.126. ex num.14.ponderans in id tex.in l.& an eandem de exceptio rei iud.§.actiones.& ante ipsum Bardaxi in quæst.proœmiali.ad titulum de appreben. in vltima parte processus.quæst.2.num.4.*

Y si se replicare, que ya concurre aqueste tercero requisito en nuestro caso ex commemorato priuilegio reseruationum schedulis in sententia admissis, ex praxi Regni concesso, *vt in d. decis.* 206. quæ habetur inter decisiones D. R. Sesse. Respondo llana y eficazmente, que el fauor y priuilegio de la reseruacion de los derechos, para q̃ obre, presupone terminos habiles, y assi en los creditos, que competan por instrumento con clausulas conque deduzidos en la lite pendente pudieran, y deuieran recebirse. Quod a iuris, & fori dispositione, non vero ex nutu partium, pẽdere debet: quod mihi aperte probat sententia Bardaxi, *d. quæst.* 2 *quatenus in principio ex foro fina. de appreben. confert cum eo foros* 1. *&* 2. *de rei vendi.* docens, quod forus ille finalis executionis priuilegiũ contulit sententijs latis in articulis iuris firmarum, & proprietatis cisternis apprehensionis, & in alijs omnibus, videlicet, in modo procedendi obseruandam esse formam dictorum fororum de rei vendi. Y el ser, o no cisterno, opus ac ministerium iuris & fori est, y no puede depender de mero aluedrio de la parte. Y es llano, que si viniera Don Polo Marin dando proposicion con aquestas presumptas tacitas hypothecas legales sin escriptura, y sin clausulas, se le repeliera; y aunque pudiera despues entrar en firmas, o propriedad, llanissimo que no fuera para obtener con priuilegio euidenti argumento. Porque el priuilegio del fuero final fundose en el que tuuiessen las escripturas, y en esse solo respecto derogo la disposiciõ ordinaria del fuero 1. y 2 *de rei vendi.* cuya sentencia primera no le tiene, y aunque la practica del Reyno de las cedulas de reserua, quæ nulla certa lege cauetur, sed in capiribus prudentum retinetur, *vt probat author. d. decisionis.* 206. *num.* 4. 5. *&* 17. quod strictius conuincit eiusmodi priuilegium executionis tanquam odiosum intra cancellos casuũ, in quibus admissum est, comprehendendum fore, nec ad casus non practicatos, imo deuios a principijs foralibus, & praxi Regni, extendendum.

Y como el priuilegio de la cisternidad y connexiõ de los processos de firmas y propriedad con la lite pendente de mas de executarse la primera sentencia, tanbien se estienda a los frutos, que resultaron de los bienes lite pendente, el que sin tener hypothe-

ca in-

ca instrumental, ni clausula, ni contestarla lite, deduziẽdo sus derechos, ni engendrando mala fe enel posseedor de los bienes por solo auer dado cedula de reserua frustratoriè, & impertinenter, conseguiria los frutos, y priuaria dellos al posseedor de buena fe que de derecho los haze suyos hasta la contestacion del pleyto, *c.grauis, vbi communis.de resti.spolia.* todos estos absurdos, y especial les concurririan, si por solo vna cedula de reserua vaga, y general de derechos, que especificados despues en la demanda se vee, que no pertenecian ala lite pendente, huuieran de conseguir el priuilegio de la execucion.

Ni obstan las dos razones de dudar, que V.S. propuso la primera por quanto retorquetur in fauorem concessionis huius iuris firmæ, porque de la naturaleza de la reseruacion de los derechos, no es darles otra de la que ellos tienen, solo q̃ si segun ella eran deduzibles en la lite pendente, la cedula y reseruacion dellos, aunque general, tuuo fuerça de litis contestacion, y escuso la mora, & quasi distulit iudicium in tempus commodius, *vt considератur in d.decis.206.num.*44. Por manera, que la practica de las cedulas de reserua introduxo aqueste fauor, y priuilegio, quod euitaretur mora, & quod nulla incurreretur pœna ob iudicium dilatum, etiam quo ad consequendos fructus, pero fuera iniquidad multiplicar las specialidades, y darle mas derecho del que tuuiera, si huuiera dado proposicion al que solo dio cedula de reserua.

Cessa assi mismo la segunda razon de dudar del priuilegio de las sentencias del processo de aprehension en sus tres, o quatro processos, y articulos (incluyendo el apellido) porque procede ex concordi foristarum sentencia quando los articulos de firmas o propriedad son cisternos de la lite pendente, y en ellos se deduzen derechos que tengan las clausulas necessarios, y assi presuponiendo terminos habiles, que esto postrero por claro y notorio no lo particularizaron los foristas, sed non videtur quærenda authoritas, vt sæpe Bald. admonere solet, vbi naturaliter sentimus. Y preguntados los mas peritos causidicos deste caso, de practica lo tienen por llanissimo.

Ni puede dezirse, q̃ por difinitiua, ni interlocutoria aya cono

cido

cido la Audiencia desta excepcion, porque el tiempo de proponerla, pues no era dilatoria ad ingressum, sed ad executionem, no se passo, ni se propuso hasta agora en la firma, y los fueros de litibus abreuiandis, & de litis contestatio. hablan de las dilatorias del juyzio. Et ita præsens iurisfirma in præciso prouisionis casu consistere videtur. Sub censura, Dominationis vestræ.

Michael Pastor.

